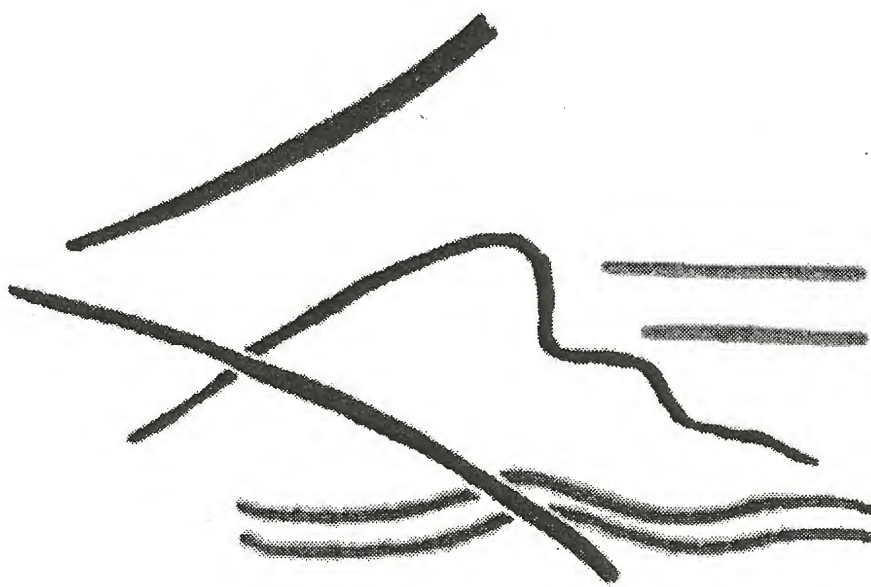


RUTAS DE LA PAZ

RUTA PORTUGAL-ESPAÑA

DE 29 DE JULHO A 9 DE AGOSTO DE 2002



CONFERÊNCIA:

**«A PENA DE MORTE:
PORTUGAL, O PRIMEIRO PAÍS
QUE A ABOLIU»**

LISBOA, 6 DE AGOSTO DE 2002

NOTA PRÉVIA

O autor do presente texto foi amavelmente convidado pela organização das Rutas de la Paz (Ruta Portugal–Espanha, 2002) a fazer uma conferência sobre «A pena de morte: Portugal, o primeiro país que a aboliu».

O texto serve apenas de apoio à conferência: nada mais. Enquanto se desempenhava do encargo, o autor mudou de opinião sobre a legitimidade da pena de morte: já não foi a tempo de fazer melhor...

Pelas deficiências do trabalho, o autor apresenta a todos as suas mais sinceras desculpas.

Lisboa, 6 de Agosto de 2002.

A PENA DE MORTE: PORTUGAL, O PRIMEIRO PAÍS QUE A ABOLIU

I

A PENA DE MORTE: O TESTEMUNHO DE PORTUGAL

Bibliografia sumaríssima: Ricardo Fernandes, «A pena de morte em Portugal», Lisboa 1971; Manuel Cavaleiro de Ferreira, «Direito Penal Português», vol. II, Lisboa 1982; José António Veloso, «Pena criminal», in: «Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado», vol. 4, Lisboa 1986; Pedro Soares Martinez, «Filosofia do Direito», Lisboa 1991.

1. As penas corporais no Direito Português. — *Vem de longe a benignidade na aplicação das penas criminais em Portugal*, nomeadamente das penas corporais.

Nas Ordenações Filipinas ⁽¹⁾, as *penas corporais, em sentido restrito*, eram as que infligiam um sofrimento físico ao delinquente: a imposição de barão e pregão, a aplicação de açoites, a amputação de membros, a morte... *Em sentido amplo*, eram todas as que lhe infligiam uma qualquer coacção física, incluindo a restrição ou a privação da própria liberdade: os trabalhos públicos, o desterro, o degredo, a expulsão do Reino, a prisão...

As penas corporais — com ressalva da pena de morte — foram *abolidas, de facto*, no século XVIII; e *de direito*, pelo artigo 11º da Constituição de 1822,

⁽¹⁾ Livro V, título CXXXVII.

reiterado pelo § 18º do artigo 145º da Carta Constitucional de 1826 ⁽²⁾. A Reforma Penal de 1844 aboliu as penas de prisão perpétua e de trabalhos públicos: veio a servir de matriz do Código Penal de 1886 ⁽³⁾. O nº 11 do artigo 8º da Constituição de 1933 proibiu as penas corporais perpétuas. A Constituição actual, de 1976, proíbe não só a pena de prisão perpétua, no artigo 30º, nº 1, como também as penas cruéis e infamantes, no artigo 25º.

Nos finais do século XIX, foram introduzidos os institutos da condenação condicional ⁽⁴⁾ e da liberdade condicional. A Reforma Prisional de 1936 estabeleceu como princípio da execução das penas o da sua subordinação ao fim da ressocialização do delinquente: o princípio passou a constar do artigo 58º do Código Penal de 1886, após a Reforma de 1954. Também foi regulamentado o resgate das penas de prisão pelo trabalho.

A partir de 1944, por impulso do Ministro da Justiça, Cavaleiro de Ferreira, foi lançado um programa sistemático de trabalho e de preparação profissional dos reclusos, cujos resultados vieram a revelar-se excelentes: nas palavras do penalista e criminólogo José António Veloso, foi a «época de ouro» da recuperação de delinquentes em Portugal.

Assim, o Direito Português deixou de ter por base a ideia da vindicta e passou a ter por base a ideia da recuperação social do delinquente. Segundo outro penalista, Beleza dos Santos, as penas devem ter como um dos fins agir sobre o delinquente para que não reincida; tal actuação, contudo, não é puramente intimidativa, mas quanto possível dirigida à integração dele numa vida livre e honesta.

⁽²⁾ E também pelo artigo 21º da efémera Constituição de 1836.

⁽³⁾ É curioso que a redacção primitiva do artigo 113º do Código Penal de 1886 determinou que não se executassem nas mulheres grávidas penas corporais, excepto a pena de prisão correcional, senão passado um mês depois de terminado o estado de gravidez.

⁽⁴⁾ Subordinada ao cumprimento da obrigação negativa de não se praticar novos crimes, ou também dalguma obrigação positiva.

2. A pena de morte no Direito Português. — *A benignidade na aplicação das penas criminais em Portugal é particularmente notável quando se trata da pena de morte: de resto, é bem sabido que historicamente foi o primeiro país a abolí-la.*

No Direito antigo, a pena de morte podia ser simples, atroz ou cruel. Porém, raramente se recorria aos suplícios mais cruéis ⁽⁵⁾: mesmo a morte pela fogueira cominada aos que fossem relaxados pela Inquisição ao braço secular era sempre aplicada na sua forma mais suave ⁽⁶⁾(⁷).

De ordinário, os juizes usavam de todo o cuidado para descobrir razões para não condenar ninguém à morte. Como avisava um jurisconsulto do século XVIII, Lopes Ferreira, na dúvida era melhor pecar por muito misericordioso do que se fazer notar por muito justiceiro: as leis penais não admitiam interpretação extensiva ⁽⁸⁾, e os juizes deviam inclinar-se mais à piedade do que ao rigor.

Também de ordinário, os Reis atendiam os pedidos de clemência e comutavam as penas de morte em penas de degredo ou de privação da liberdade ⁽⁹⁾. Aliás, para evitar juízos precipitados, já em começos do século XIII D. Afonso II havia promulgado uma lei que determinava *que não fosse executada nenhuma sentença que applicasse a pena de morte antes de passados vinte dias sobre o respectivo trânsito em julgado*; e tal lei fez-se constar das Ordenações ⁽¹⁰⁾(¹¹).

⁽⁵⁾ Que se utilizaram com frequência noutros países, sobretudo a partir do século XVI.

⁽⁶⁾ Os condenados não morriam queimados pelas chamas: morriam, sim, sufocados pelos fumos saídos das pilhas de lenha a que o fogo era ateado.

⁽⁷⁾ Cabe chamar a atenção para que as estatísticas organizadas por Salvador Soares Cotrim na terceira década do século XVIII, por ordem talvez do próprio D. João V, demonstram que, entre 1549 e 1732, o número de condenados à pena máxima pelo braço secular por crimes cujo julgamento era da competência dos tribunais da Inquisição — bigamia, pecado nefando, blasfémia, abjuramento de cristãos novos, bruxaria e feitiçaria — rondou apenas os cinco por ano...

⁽⁸⁾ Agora admitem — sem proveito que se veja...

⁽⁹⁾ Mesmo em casos de crimes estimados tão graves como eram os de traição, de abandono de praças ao inimigo, de rebelião, ...

⁽¹⁰⁾ Ordenações Afonsinas, livro V, título LXX; Ordenações Manuelinas, livro V, título LX; Ordenações Filipinas, livro V, título CXXXVII.

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

A *pena de morte por crimes comuns* deixou de poder ser aplicada às mulheres a partir de 1772, e em 1801 passou a ser aplicável apenas a crimes atroçíssimos. Com o Código Penal de 1852, por força do disposto no artigo 78º deixou de ser passível de agravamento; e, nos termos do artigo 32º, passou a consistir na simples privação da vida pela força: era aplicável em casos que se consideravam gravíssimos contra a segurança da sociedade, ou que revelassem grande perversidade do delinquente ⁽¹²⁾⁽¹³⁾. Mas, *de facto*, já não era executada desde 1846 ⁽¹⁴⁾: era sempre comutada pelo Rei.

A ideia da abolição da pena de morte em Portugal começou a ser defendida ainda no primeiro quartel do século XIX, mas de forma assaz insipiente. Só mais tarde veio a ganhar alguma consistência, com o bom acolhimento que foi dado pela intelectualidade portuguesa à obra do famosíssimo escritor francês Vítor Hugo ⁽¹⁵⁾.

O artigo 16º do Acto Adicional de 5 de Julho de 1852 à carta Constitucional proibiu a *pena de morte nos crimes políticos*, os quais seriam declarados por uma lei: a proposta partiu de dois deputados, Rodrigues Cordeiro e Mendes Leal. Em 1863, outro deputado, Aires de Gouveia, apresentou um projecto de abolição completa da pena de morte ⁽¹⁶⁾. Em 1867, a Comissão de Legislação, composta por Silva Cabral, Pereira Magalhães, o Conde de Fornos de Algodres e Morais de Carvalho, apreciou o projecto de Aires de Gouveia e um outro, e emitiu um parecer em 25 de Junho desse ano ⁽¹⁷⁾.

⁽¹¹⁾ Demais, em certos casos a sentença não podia ser executada antes de ser dada a conhecer ao Monarca.

⁽¹²⁾ Artigos 141º, 143º, § único, 162º, 163º, § 2º, 166º, 351º, 353º, 355º e 433º.

⁽¹³⁾ A pena de morte não era aplicável a menores de dezassete anos: era substituída pela pena de prisão perpétua com trabalho (artigo 71º).

⁽¹⁴⁾ Segundo alguns, desde 1848. E a última vez que foi executada *por crimes políticos* foi em 1834.

⁽¹⁵⁾ Particularmente ao seu livro «O último dia de um condenado».

⁽¹⁶⁾ O projecto dizia simplesmente o seguinte: «Fica abolida a pena de morte».

⁽¹⁷⁾ No entendimento da Comissão, a pena de morte nem era necessária (como a experiência mostrava) nem satisfazia os fins da penalidade; apareciam, era verdade, criminosos de instintos ferozes, de espírito recalcitrante, praticando e repetindo delitos que envergonhavam e horrorizavam a humanidade; mas nem neles era impossível a regeneração, como atestavam vários exemplos da História Sagrada e profana, nem eles podiam

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

Logo de seguida, a Lei de 1 de Julho de 1867 proibiu a *pena de morte para os crimes civis*: a proposta foi apresentada às Cortes pelo Ministro da Justiça, Barjona de Freitas ⁽¹⁸⁾. Pela mesma Lei, os crimes que eram punidos com a morte pelo Código Penal de 1852 passaram a ser punidos com a prisão celular perpétua ⁽¹⁹⁾.

A notícia da abolição da pena de morte por crimes civis em Portugal causou impressão no estrangeiro. Ainda em Julho de 1867, Vítor Hugo enviou as suas felicitações ao Governo Português, e glorificou Portugal numa carta que escreveu a Brito Aranha. No mês seguinte, um jornal francês ⁽²⁰⁾ qualificou a medida como um acontecimento notável na História da Civilização. Em 1868, Charles Lucas, num relatório que apresentou à Academia das Ciências Morais e Políticas de França, informou que o Governo Português tinha promovido a queima em praça pública dos instrumentos destinados às execuções. Mais tarde, Olivecrona fez um elogio a Portugal numa obra que compôs sobre a pena de morte.

As disposições da Lei de 1 de Julho de 1867 foram estendidas ao Ultramar pelo Decreto com força de lei de 9 de Junho de 1870, depois duma campanha promovida pelo Marquês de Sá da Bandeira ⁽²¹⁾.

Não obstante, a pena de morte subsistia para os crimes militares. Começou por ser suprimida pelo Decreto de 16 de Março de 1911: a própria Constituição de 1911, no artigo 22º, nº 3º, determinou que em nenhum caso poderia ser estabelecida a pena de morte, nem as penas corporais perpétuas

ofender de novo a sociedade, enquanto estivessem na prisão por falta de provas de emenda moral.

⁽¹⁸⁾ O Ministro escreveu no relatório da proposta de lei que a Ciência Penal de então não explicava que a sociedade, podendo defender-se sem imolar à sua conservação a vida dos delinquentes, impusesse necessariamente a pena de morte.

⁽¹⁹⁾ Que também veio a ser abolida, como se viu há pouco.

⁽²⁰⁾ O «*Courier de l'Europe*», de 10 de Agosto de 1867.

⁽²¹⁾ A Lei de 1 de Julho de 1867 não tinha sido referendada pelo Ministro da Marinha e do Ultramar nem publicada nos jornais oficiais das Províncias Ultramarinas; mas, segundo alguns, teve ali aplicação imediata, por interpretação autêntica feita em Portaria de 9 de Agosto de 1869, no decreto com força de lei de 9 de Junho de 1870 e na Lei de 27 de Agosto de 1870.

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

ou de duração ilimitada. Porém, foi restabelecida pela Lei nº 635, de 28 de Setembro de 1916, que aditou à Constituição um artigo 59º-A, o qual, embora determinasse que a pena de morte e as penas corporais perpétuas ou de duração ilimitada não podiam ser restabelecidas em caso algum, nem quando fosse declarado o estado de sítio com suspensão das garantias constitucionais, exceptuava a pena de morte no caso de guerra com país estrangeiro em tanto quanto à aplicação dessa pena fosse indispensável e apenas no teatro de guerra. A Constituição de 1933 enumerava, entre os direitos, as liberdades e as garantias individuais dos cidadãos portugueses, constantes do artigo 8º, que não houvesse pena de morte, salvo no caso de beligerância com país estrangeiro e para ser aplicado no teatro de guerra.

Todavia, foram-se levantando as vozes contra a subsistência da pena de morte para os crimes militares: na década de cinquenta, o antigo Ministro da Justiça, Cavaleiro de Ferreira, afirmou públicamente que a excepção tinha perdido o seu valor e que tendia a desaparecer porque carecia de justificação.

Contudo, a abolição da *pena de morte para os crimes militares* só veio a acontecer com a entrada em vigor da Constituição actual, de 1976, que estabeleceu no nº 2 do artigo 25º ⁽²²⁾ que em caso algum haverá pena de morte, e do novo Código de Justiça Militar, de 1977 ⁽²³⁾.

Até à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 437/75, de 16 de Agosto, Portugal não teve nenhuma lei sobre a *extradição*: esta era regulada por tratados bilaterais, dos quais usualmente se fazia constar uma cláusula que condicionava a extradição à não aplicação da pena de morte; e se um cidadão português fosse condenado à morte por um tribunal estrangeiro e caísse sob o poder das autoridades portuguesas, não podia ser extraditado, por aplicação

⁽²²⁾ Hoje, 24º.

⁽²³⁾ Que substituiu a pena de morte pela de prisão até vinte e oito anos: não pela de prisão perpétua, porque igualmente abolida pela Constituição, como também se viu há pouco.

do princípio da não extradição de cidadãos do próprio Estado ⁽²⁴⁾. A Constituição de 1976 fixou com grande minúcia os princípios fundamentais sobre a expulsão, a extradição e o direito de asilo no artigo 33º ⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾. O actual regime jurídico da extradição consta da Lei nº 144/99, de 31 de Agosto: a extradição é excluída quando o facto a que respeita for punível com a pena de morte ou outra de que possa resultar uma lesão irreversível da integridade da pessoa ⁽²⁷⁾, e bem assim quando a pessoa reclamada tiver a nacionalidade portuguesa ⁽²⁸⁾.

3. Uma dúvida. — *Se se fizer abstracção do Direito Canónico, o Direito Português é, quiçá, um caso único no mundo de abolição total da pena de morte. Porquê? Por razões meramente conjunturais, de natureza política? Ou por razões mais profundas, de natureza cultural? De certo modo, a resposta já está insinuada no que ficou exposto até agora. Mas convém esclarecê-la e aprofundá-la, para se poder dar o devido valor ao testemunho de Portugal sobre a pena de morte.*

⁽²⁴⁾ O Decreto-Lei nº 437/75, de 16 de Agosto, previa que a extradição podia ser negada quando o crime fosse punível no Estado requerente com a pena de morte ou com prisão perpétua e não houvesse garantia da sua substituição (artigo 4º, nº 1, alínea a)), e quando a pessoa reclamada fosse de nacionalidade portuguesa (artigo 4º, nº 1, alínea b), «in principio»).

⁽²⁵⁾ Últimamente alterado pela Lei Constitucional nº 1/2001, de 12 de Dezembro, para permitir a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia.

⁽²⁶⁾ Ao Decreto-Lei nº 437/75, de 16 de Agosto, sucedeu o Decreto-Lei nº 43/91, de 22 de Janeiro: excluía a extradição quando o facto a que respeitasse fosse punível com a pena de morte ou com a pena de prisão perpétua (artigos 31º, proémio, e 6º, nº 1, alínea e)), e quando a pessoa reclamada fosse de nacionalidade portuguesa (artigo 31º, nº 1, alínea b)).

⁽²⁷⁾ Artigos 32º, proémio, e 6º, nº 1, alínea e) — salvo se se verificarem as condições enunciadas no artigo 6º, nº 2.

⁽²⁸⁾ Artigo 31º, nº 1, alínea b) — salvo se se verificar o disposto no nº 2 do mesmo artigo.

II

A PENA DE MORTE:
O VALOR DO TESTEMUNHO DE PORTUGAL

Bibliografia sumaríssima: Manuel Cavaleiro de Ferreira, ob. e vol. cit.; António José Saraiva, «A Cultura em Portugal. Teoria e História», vol. I, Lisboa 1982; José António Veloso, art. cit.; Jorge Dias, «Estudos de Antropologia», vol. I, Lisboa 1990.

4. A pena criminal e a cultura em geral. – *A pena é um dado de tofas as culturas humanas.* Consiste num sofrimento ou numa privação dum bem que a autoridade legítima impõe a quem pratica um delito, por causa desse delito.

A pena funda-se em processos psicossociológicos complexos, ainda hoje não completamente dilucidados. *Tem, pelo menos, duas funções, de desmotivação* ⁽²⁹⁾ *e de estigmatização:* de desmotivação, porque implica um sofrimento ou uma privação para o delincente; de estigmatização, porque simboliza uma reprovação do delito pela sociedade.

O simbolismo da pena, por sua vez, apresenta dois aspectos, um verbal e outro não-verbal: o verbal exprime-se numa declaração solene da autoridade legítima, correntemente uma sentença dum tribunal; o não verbal concretiza-se na sujeição do delincente à pena.

A pena implica um sofrimento ou uma privação para o delincente porque culturalmente a sua sujeição a tal simboliza a reprovação do seu delito pela sociedade. Consoante as culturas, diversas são as penas e a respectiva execução.

⁽²⁹⁾ Segundo alguns, de *contramotivação*.

5. A pena criminal e a cultura portuguesa. — *A cultura portuguesa é uma cultura coesa, que provém duma integração espontânea das culturas regionais da orla atlântica da Península Ibérica* ⁽³⁰⁾.

Uma *característica constante* da cultura portuguesa é o profundo sentimento humano, assente num temperamento afectivo, amoroso e bondoso. Na síntese do etnólogo Jorge Dias, *para o Português o coração é a medida de todas as coisas*.

Os Portugueses são, como sói dizer-se, um povo «de brandos costumes». Não são vingativos, não gostam de ver sofrer, não apreciam desenlaces trágicos ⁽³¹⁾. Não são sequer um povo de guerreiros: são, sim, um povo de gente obstinada, agarrada à sua terra, que defende contra tudo e contra todos até à exaustão ⁽³²⁾.

Os «brandos costumes» dos Portugueses manifestam-se, por exemplo, nas touradas: os touros não podem ser mortos na praça e vêm embolados para não ferirem ou matarem os toureiros ⁽³³⁾. *Manifestam-se, sobretudo, na abolição da pena de morte*: a abolição da pena de morte e o respeito que tem merecido até hoje revela da parte dos Portugueses uma aversão ao espectáculo público da execução, a piedade pelos mortos e pelos supliciados, e um horror à efusão de sangue ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Pelo menos até ao Rio Minho...

⁽³¹⁾ A literatura dramática portuguesa é bastante pobre, comparada com a doutros países.

⁽³²⁾ A Galécia foi a última das províncias do Ocidente a ser conquistada por Roma, e só depois duma cruenta repressão. A sua romanização foi fundamentalmente castrense, e coincidiu com a chegada do Cristianismo, cuja doutrina foi acolhida por um catecumenado predisposto à rebelião.

⁽³³⁾ As touradas portuguesas podem não ter a intensidade dramática doutras touradas, mas têm reconhecidamente uma arte de lidar o touro, tanto a cavalo como a pé, muito mais refinada; e conservam as pegas, de caras ou de cernelha, como uma manifestação de virilidade que não existe alhures.

⁽³⁴⁾ Conta-se que um capelão inglês que terá vivido em Portugal no século XVIII se espantava que os Portugueses assistissem aos «autos-de-fé» com alegria, porque normalmente se comoviam e choravam com o enforcamento dos delinquentes de direito comum. O comportamento nos «autos-de-fé», se era mesmo assim, talvez resultasse da natureza peculiar dos crimes cujo julgamento era da competência dos tribunais da Inquisição: fosse como fosse, era a *excepção que confirmava a regra*.

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

De acordo com o historiador António José Saraiva, os «brandos costumes» dos Portugueses podem ser explicados ou por uma certa sensibilidade à flor da pele, ou pela falta de firmeza nos juízos sobre o próximo, ou pelo esquecimento das culpas, ou pelo baixo tónus de agressividade ⁽³⁵⁾.

A sobredita *característica* da cultura portuguesa verifica-se também na Religião. O sentimento religioso dos Portugueses foi bem ilustrado pelo escritor Guerra Junqueiro, quando disse que o Cristo português brinca com os camponeses pelos campos, merenda com eles, e só a certas horas, quando tem de cumprir com os deveres do Seu cargo, carrega com a Cruz... A iconografia portuguesa de Jesus é particularmente delicada: a sensibilidade dos Portugueses não suporta a visão dolorosa e trágica do Crucificado ⁽³⁶⁾. Leia-se o seguinte cântico do inefável poeta João de Deus:

Crucifixo

«Minha Mãe, quem é aquele

Pregado naquela cruz?»

– Aquele, filho, é Jesus...

É a santa imagem d'Ele!

«E quem é Jesus?» – É Deus!

«E quem é Deus?» – Quem nos cria,

Quem nos manda a luz do dia

E fez a terra e os céus;

⁽³⁵⁾ O que não significa que os Portugueses sejam fracos ou cobardes, como adverte Jorge Dias. Têm um temperamento brioso, que pode levá-los mesmo a lutas sangrentas: quando são feridos na sua sensibilidade e se sentem ultrajados, ou quando disputam sobre pontos de honra, são capazes de reacções de extraordinária violência. Não é em vão que se diz que se deve temer a *ira dos tranquilos*...

⁽³⁶⁾ O melhor exemplo é o misterioso «Ecce Homo» da Escola Portuguesa do século XV, em exposição no Museu Nacional de Arte Antiga, em Lisboa.

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

E veio ensinar à gente
Que todos somos irmãos,
E devemos dar as mãos
Uns aos outros irmãmente:

Todo amor, todo bondade!
«E morreu?» – Para mostrar
Que a gente pela Verdade
Se deve deixar matar.

O Português, quando se dirige a Deus, fá-lo quase invariavelmente por mediação da Virgem Maria ou dalgum Santo ou dalguma Santa. Leia-se estoutro cântico do mesmo poeta:

Oração da pobre

Senhora! Sois mãe
E mãe de Jesus,
A fonte da luz,
A fonte do bem!
Doei-vos da triste
Que assim se consome,
Às mágoas que tem...
Sou mãe, tenho fome...
Meus filhos também!

As grandes devoções dos Portugueses são ao Santíssimo Sacramento, a Nossa Senhora ⁽³⁷⁾, às Almas do Purgatório ⁽³⁸⁾ e ao Santo Padre.

⁽³⁷⁾ *Fátima* é a última das grandes peregrinações do Ocidente – e está cada vez mais viva...

As igrejas portuguesas são simplesmente «a casa do Senhor»: são quase sempre templos singelos e acolhedores. Como todos os monumentos arquitectónicos caracteristicamente portugueses, estão construídas na horizontal, com pilares largos, por isso que o estilo românico teve uma expansão extraordinária em Portugal: o mesmo não aconteceu com o gótico, que acabou por ser substituído por um estilo mais apropriado à religiosidade dos Portugueses, o «manuelino».

Assim se compreende que Portugal não tenha tido grandes místicos; tampouco teve grandes filósofos ⁽³⁸⁾. O espírito português não comunga nem do racionalismo mediterrânico, nem da luminosidade greco-latina, nem da abstracção francesa, nem do misticismo espanhol: é avesso à especulação filosófica e teológica à maneira do Ocidente. Pela História, ao invés, nutre o máximo interesse: como dizia o cronista João de Barros, a História é um campo cultivado onde está semeada toda a doutrina teológica, moral, racional e «instrumental» ⁽⁴⁰⁾, e quem colher o seu fruto convertê-lo-á em forças de entendimento e memória para uso de justa e perfeita vida. Os Portugueses aprendem não com razões mas com casos, figuras, exemplos, ...; e gostam da apresentação não abstracta mas concreta dos problemas ⁽⁴¹⁾.

A mesma *característica* da cultura portuguesa verifica-se, além disso, na prevalência que é dada à solidariedade sobre o lucro e o utilitário. O comunitarismo continua a existir em Portugal. Os Portugueses não têm uma concepção abstracta do dinheiro: não têm uma mentalidade capitalista.

Sempre de acordo com António José Saraiva, esta *característica* da cultura portuguesa põe de manifesto um forte enraizamento, um apego ao imediato e ao concreto; denuncia uma fraca capacidade de idealizar, de concep-

⁽³⁸⁾ As *missas* mais concorridas do ano litúrgico são as *do dia dos fiéis defuntos*, que nem sequer é dia santo de guarda!...

⁽³⁹⁾ De facto, a Filosofia portuguesa há que procurá-la na Poesia.

⁽⁴⁰⁾ As *aspas* são de António José Saraiva.

⁽⁴¹⁾ Dos séculos XV ao XIX, existiu em Portugal o cargo de *Historiador Oficial do Estado*. E o maior poema épico da literatura portuguesa, «Os Lusíadas» de Luís de Camões, é, em rigor, uma narrativa histórica.

tualizar e de objectivar; e está provavelmente relacionada com a pouca propensão para a visão intelectual das coisas e com o predomínio da emotividade que se refugia no coração; enfim, acusa uma *dificuldade de objectivação*. Aos Portugueses não lhes falta *criação* mas falta-lhes *doutrina*: sentem obscuramente e realizam afectivamente os valores, mas não os sabem intelectualmente.

6. Resposta à dúvida. — Das contribuições culturais dos diversos povos nasce uma *cultura da humanidade*, ainda que condicionada pela sua capacidade de intercomunicação e de mútua compreensão.

A abolição da pena de morte em Portugal não foi simplesmente uma medida legislativa tomada por razões meramente conjunturais, de natureza política: *teve realmente razões mais profundas, de natureza cultural*.

A benignidade na aplicação das penas criminais em Portugal, sobretudo da *pena de morte*, é uma das mais eloquentes ilustrações daquela *característica constante* da cultura portuguesa que é o tal profundo sentimento humano, asente num temperamento afectivo, amoroso e bondoso.

Os Portugueses estão visceralmente fora da mentalidade ocidental. Repete-se: *para o Português o coração é a medida de todas as coisas*. Para outros que meçam as coisas como o Português, o seu testemunho sobre a pena de morte tem todo o valor. E para os racionalistas? Para aqueles que meçam as coisas com a inteligência e não com o coração? Pode um Português satisfazê-los? E como? É o que se vai tentar a seguir.

III

A PENA DE MORTE:
UMA REFLEXÃO DUM PORTUGUÊS

Bibliografia sumaríssima: Charles Lahr, s. j., «Cours de Philosophie», vol. II, 24^a ed., Paris 1923; Manuel Cavaleiro de Ferreira, ob. e vol. cit.; José António Veloso, art. cit.; Pedro Soares Martinez, ob. cit..

7. Os efeitos da pena criminal: a controvérsia sobre a pena de morte. — *Os sistemas penais fundam-se na hipótese empírica de que as penas têm, no seu conjunto, uma eficácia redutora ou preventiva da delinquência.*

A pena produz efeitos sobre a quantidade e a qualidade dos delitos que se praticam numa sociedade. As investigações criminológicas mais recentes, realizadas com modelos econométricos e sociométricos de análise causal, indicam — ou, pelo menos, parecem indicar — que a eficácia preventiva das diversas penas tem limiares mínimos e máximos. As mesmas investigações estenderam-se, entretanto, designadamente aos efeitos indirectos da pena, como sejam os de educação, de moralização, de aquisição de hábitos, ...

A profunda revisão de ideias que se tem vindo a operar nos últimos anos tanto no âmbito do Direito Penal como no âmbito da Criminologia é resumida por José António Veloso a três pontos: a reabilitação do conceito de dissuasão penal; a constatação da necessidade de explorar de modo mais sistemático os efeitos macrocriminológicos da incapacitação; e o reforço da atenção aos efeitos da formação dos hábitos da legiferação e da prática institucional.

De acordo com o mesmo José António Veloso, a reflexão ética é do máximo interesse para se poder responder ao problema crucial das possibili-

dades e dos limites da substituição das modalidades aflitivas da pena por outras expressões de condenação pública porventura desacompanhadas de sofrimentos ou de privação de bens. Por isso mesmo, *a reflexão ética não pode deixar de se debruçar sobre a questão da pena de morte.*

É sobremaneira óbvio que o direito da sociedade a punir um delinquente com a morte constitui uma *questão sumamente espinhosa*. O próprio Beccaria, vulgarmente apresentado como o paladino da abolição da pena de morte, admitiu-a, e — por mais estranho que pareça... — nomeadamente para os crimes políticos, ou seja, para aqueles crimes cujo sancionamento com tal pena suscita as maiores reservas ⁽⁴²⁾.

Numa síntese muito apertada, *segundo os defensores da abolição da pena de morte*, a sociedade, porque não deu a vida aos seus membros, tampouco pode privá-los dela; os delinquentes, se são responsáveis, não são irrecuperáveis mas, quanto muito, de difícil recuperação; e a execução da pena de morte, porque é irreversível, impossibilita a reparação de eventuais erros judiciais. Já *segundo os defensores da manutenção da pena de morte*, a sociedade, para certo tipo de delinquentes, não dispõe doutra sanção suficientemente dissuasora que não seja esta; há delinquentes irrecuperáveis, ainda que responsáveis; demais, é necessário evitar o perigo de que, na punição de delitos, a justiça pública seja substituída pela justiça privada.

Nesta questão, *há, desde logo, um mínimo que se impõe: a pena de morte, a ser admitida, deve ficar reservada para crimes particularmente atrozes e ser aplicada aos condenados sem agravamentos inúteis*, enquanto se espera que a evolução dos costumes permita aboli-la sem perigo para a segurança pública.

Mas parece que se pode ir mais além.

⁽⁴²⁾ Para outros crimes, Beccaria preconizou a substituição da pena de morte pela de escravidão perpétua.

8. O poder judiciário: os fundamentos do direito de punir. –

Como ensinava o ilustre mestre Charles Lahr, *a responsabilidade é a necessidade que tem o agente moral de dar conta dos seus actos a fim de lhe sofrer as consequências*. Estas consequências constituem a sanção, que se define como um sistema de recompensas e de castigos ligados à observância ou à violação da lei.

A responsabilidade pressupõe no agente moral duas condições: o livre arbítrio e a consciência duma obrigação. Tanto o livre arbítrio como a consciência da lei podem aumentar, diminuir ou mesmo não existir: a responsabilidade pode, pois, variar até à sua supressão total.

A necessidade da sanção resulta do facto de que o bem absoluto dum ser consiste, não no bem duma ou doutra das suas faculdades, mas no bem de todo o seu ser. O ideal completo do homem, que além da razão possui também a sensibilidade, é o bem duma e doutra, isto é, a felicidade merecida pela virtude ou a virtude recompensada pela felicidade.

A sanção moral não é primariamente um meio de fazer observar a lei, mas a consequência natural e necessária da sua observância ou violação ⁽⁴³⁾.

A sanção moral tem carácter penal e influência na moralidade. O objecto primário e essencial da pena é a reparação da ordem absoluta. Outro, é a reparação da ordem moral, a expiação: quando o delinquente aceita a pena livremente com intenção de satisfazer a justiça lesada e de reparar o mal cometido, restabelece a ordem, não só fora de si e absolutamente, mas também em si e moralmente. Outro objecto, ainda, é o da reparação em certa medida da desordem do escândalo dado, pelo exemplo do castigo infligido ao culpado.

A punição não pode ser reduzida a um mero acto de defesa da sociedade ⁽⁴⁴⁾ ou a um expediente para impedir o delito. A punição que seja sò-

⁽⁴³⁾ Utiliza-se aqui a expressão «sanção moral» em sentido muito amplo, quer dizer, abrangendo as sanções temporais, e especialmente as sanções legais.

⁽⁴⁴⁾ Aliás, *o direito de punir não se confunde com o direito de legítima defesa*. Este pertence ao indivíduo, que o transfere à autoridade pública para ser exercido com mais eficácia e equidade: não supõe autoridade naquele que o exerce; tampouco supõe responsabilidade naquele contra quem é exercido; e só vale enquanto durar a agressão.

mente vindicativa é um acto de crueldade, proibido não só aos indivíduos mas também à sociedade: o castigo que tenha por fim sòmente a utilidade viola os direitos do ser humano, que nunca pode ser tratado como um simples meio para assegurar a ordem.

A primeira condição de todo o castigo é ser justo. Punir é um acto essencialmente moral, que supõe autoridade em quem o exerce, responsabilidade e culpabilidade no delinquente, e uma certa proporcionalidade entre a pena infligida e a gravidade do delito cometido.

A manutenção da ordem externa e a protecção dos direitos que constituem o fim essencial da sociedade assinalam a extensão e os limites do direito de punir. O poder judicial apenas pode reprimir legítimamente actos que, violando as leis da sociedade, lhe comprometem a existência e com ela a ordem pública e o respeito dos direitos que tem obrigação de proteger. Portanto, *os dois fundamentos do direito de punir na sociedade são simultânea e indissolúvelmente a justiça e a utilidade social* ⁽⁴⁵⁾.

A pena infligida pela justiça será tanto mais perfeita no seu género quanto mais exactamente *proporcionada* for à culpabilidade do delinquente; mais *eficaz* para defender a sociedade; mais plenamente *reparadora* do prejuízo causado pela falta; mais *exemplar* para os que dela são testemunhas; mais *tranquilizadora* para os bons, levando aos espíritos a segurança posta em crise pelo delito; e mais *medicinal*, isto é, mais apta a procurar, quanto o permitirem as circunstâncias, a emenda dos próprios culpados.

9. Conclusão: a ilegitimidade da pena de morte. – *A correcção jurídica é um dever de justiça, mais concretamente de justiça distributiva; mas é também um dever de caridade.*

⁽⁴⁵⁾ É apenas neste sentido que devem ser entendidas as expressões «justiça vindicativa» ou «justiça pública» por que algumas vezes se designa o exercício do direito de punir. O castigo que, para ser justo, deve atingir no culpado uma falta moral, constitui uma verdadeira vingança da ordem moral violada; mas, quando é infligido pelo poder judicial, só pode atingir a falta moral enquanto se relaciona com a ordem social.

A PENA DE MORTE EM PORTUGAL

Como ensinava ainda Charles Lahr, o fundamento da justiça é a igualdade que gera o respeito, a identidade de natureza e de fim que torna os direitos de todos os seres humanos igualmente invioláveis. O fundamento da caridade é a fraternidade que gera o amor que faz que se queira bem ao próximo.

A justiça é inseparável da caridade, para regular o seu exercício e impedir que degenera em capricho. A caridade também é inseparável da justiça, para suavizar os atritos da vida em sociedade e mostrar em cada qual um irmão.

A justiça é a condição e o fundamento necessário da caridade: a caridade é a forma superior e o coroamento da justiça. *Não há verdadeira justiça sem caridade; não há caridade razoável sem justiça.*

A pena de morte não é justa, porque a justiça extrema é extrema injustiça; nem é caritativa, porque querer bem ao próximo é querer que ele seja melhor: o delinquente que sofre a pena de morte é sumamente injustiçado e não pode melhorar.

A correcção do culpado é sempre possível precisamente porque é culpado, ou seja, porque é responsável, dotado de livre arbítrio e de consciência da lei. Quem não é culpado não tem de ser corrigido porque não pode ser punido.

Quando a correcção se mostre extremamente difícil, é admissível que se segregue o culpado. «Segregar», porém, não significa «eliminar»: etimologicamente, significa «separar do rebanho»; praticamente, significa «isolar». *Um delinquente de difícil correcção não é um incorrigível: pode ter de ser isolado ⁽⁴⁶⁾; mas não se vislumbra por que tenha de ser eliminado.*

Em suma: a pena de morte é — salvo melhor entendimento — uma pena ilegítima, e deve ser banida de todas as legislações.

⁽⁴⁶⁾ E assim permanecer enquanto não der provas de emenda moral: tal já era o entendimento da Comissão portuguesa de Legislação que apreciou os projectos de abolição da pena de morte em 1867, como atrás se viu.